

Titulo: *PODER JUDICIÁRIO E MUDANÇA SOCIAL*

Autor: *IRIO GROLLI*

Juiz de Direito da Comarca de Chapecó – SC

Mestre em Direito pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

Professor de Direito Processual Civil da UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina

## **1 - PODER JUDICIÁRIO E MUDANÇA SOCIAL**

É hoje admitido pela análise antropológica que praticamente todas as sociedades tiveram um “aparelho” com vista a resolver os conflitos e, por consequência a aplicação das normas. Um órgão distinto das partes. Seria no caso uma terceira parte ou um terceiro personagem, cuja função seria resolver as dúvidas através de uma decisão.

Portanto, qualquer regra de comportamento não pode prescindir da autoridade que a acompanha.

Montesquieu, observou que quem detém o poder é induzido a dele abusar. Apontou como remédio a solução que o poder deve limitar o próprio poder. De sorte que, um mesmo corpo ou uma mesma autoridade não exerça jamais a totalidade das funções. A partir de tal idéia o poder político foi dividido em funções atribuindo a órgãos diferentes.

Estabeleceu-se assim no âmbito institucional um divisão de competência.

Ao Poder Legislativo a competência de elaborar as leis (decisões de caráter substantivo).

Ao Poder Executivo a competência de executar as leis (decisões de caráter instrumental e regulamentador).

Ao Poder Judiciário a competência de fiscalizar tanto as atividades do legislativo (para examinar se as leis estão de acordo com a lei maior, a constituição) e a execução das leis.

No entanto, o célebre filósofo francês, não considerou o Judiciário como um poder, não sendo os juizes mais que a boca que pronuncia a palavra do legislador.

Embora o Poder Judiciário seja portador de chamada autonomia, o mesmo faz parte do próprio Estado, enquanto institui-

ção específica para prossecução de uma atividade inserida na unidade de todo o tipo de ação que o Estado representa.

No dizer de Fernando Ruiivo “o poder Judicial encontra-se estreitamente ligado ao funcionamento do Estado como um todo, constituindo mais ou menos poder conforme as formas e tipo de Estado a que se encontra conectado”.<sup>1</sup>

A condição humana (procriação e outras) impõe a sociabilidade, que exige organização, hierarquizando os homens e os interesses.

A tarefa de disciplinar a vida em grupo chama-se Poder Político e que, a partir das idéias de Montesquieu foi dividido em três espécies de competência (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário).

Para assegurar a produção, utilização, fruição e apropriação de bens, impõe-se um mínimo de organização social.

Como há insuficiência de bens, é impossível o atendimento de todas as necessidades de todos os indivíduos. É preciso pois definir quem fica com o que na partilha do que é produzido<sup>2</sup> e do que está disponível.<sup>3</sup>

Os quem detêm o poder são os que definem quais os bens que devem ser protegidos mediante disciplina coercitiva.

O instrumento de que se vale o poder político para assegurar a efetividade do modelo adotado é a Lei, cuja mensagem deve ser conhecida de todos, independentemente do desenvolvimento social, cultural, político e o lugar que o indivíduo ocupa, se no centro ou na periferia da estrutura social.<sup>4</sup>

É caseiro que a partir do momento em que uma classe toma o poder, ela se equipa com um aparato legal buscando nele se perpetuar.

---

<sup>1</sup> - RUIVO, Fernando. APARELHO JUDICIAL, ESTADO E LEGITIMAÇÃO. *IN* DIREITO E JUSTIÇA, org. José Eduardo Farias. 3ª edição. São Paulo: Ática. 1.997, pg. 71

<sup>2</sup> - Se o Brasil produz determinada soma de riquezas durante um ano, o direito é quem define a partilha da mesma entre seus compatriotas. Quem fica com o que.

<sup>3</sup> - A quem pertence o País. Quem são os donos.

<sup>4</sup> - Art. 3º da lei 4.657/42 - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Art. 21 do Código Penal - O desconhecimento da lei é inescusável.

Art. 65 do Código Penal - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

II - O desconhecimento da Lei.

O art. 8º do Decreto Lei 3.688/41, admite a não aplicação da pena quando a ignorância seja excusável.

Art. 14, da Lei 9.605/98 - São circunstâncias que atenuam a pena:

I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente

Nas sociedades capitalistas, onde o poder está nas mãos de uma minoria (os detentores do capital e seus representantes), a lei tem basicamente duas funções, Farias as aponta: “manter coesas as forças que estão no mando e determinar a subordinação daqueles que sofrem a opressão.

Segundo a tradição marxista, o Estado onde emerge a lei “é uma máquina de opressão que permite às classes dominantes assegurar sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão da mais valia.

Nos Estados socialistas, não é diferente. Quando a classe operária ascende ao poder, estabelecem leis para ali se manter, ou para a burocracia perpetuar-se (URSS).

O filósofo Trasímaco, citado por Thomas Giles, afirmou que “a justiça, base do Estado e das ações do cidadão, consiste simplesmente no interesse dos mais fortes.”<sup>5</sup>

Thomas Hobbes citado por Carvalho ensinava que “não é a sabedoria mas sim a autoridade que faz a lei”.<sup>6</sup>

Na guerra do Iraque, um soldado Inglês, retirou os pertences de um soldado Iraquiano morto. Seu colega o advertiu, “um soldado Inglês não pode praticar tal ato, é roubo.” É preciso fazer uma lei autorizando o saque, para que se tornasse o ato legal.<sup>7</sup> A lei, no caso, tem seu destino. Legalizar um ato até então ilícito, o saque.

A neutralidade da lei é pois um mito. Ela é definitivamente comprometida com aqueles que estão no poder. Pode estar a serviço da maioria, se estes conquistarem o poder político ou a serviço da minoria, se estes o conquistarem.

Portanto, a lei não é neutra. Ela é comprometida com aqueles que detêm o poder. Se a lei não é neutra, ao decidir, o juiz está aplicando uma lei que não é neutra ou está fazendo uma justiça que não o é. De qualquer forma, não é neutra a decisão. A lei, pois deve assim ser vista com desconfiança.

A Lei, portanto, não é senão um instrumento, cujo objetivo é assegurar ou garantir as desigualdades.

---

<sup>5</sup> - GILES, Thomas Ransom. INTRODUÇÃO À FILOSOFIA. Edusp. 1.979, p. 42

<sup>6</sup> - CARVALHO, Amilton Bueno. MAGISTRATURA E DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica. 1.992, pg. 15

<sup>7</sup> - FORSYTH, Frederick. O PUNHO DE DEUS. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 1.994

Cabe ao Poder Judiciário através da jurisdição legitimar as desigualdades.

No estado liberal dividido em diversas classes sociais, como diz Edmundo Arruda Júnior “a justiça é de classes (a dominante), ou seja, o *locus* do judiciário, enquanto parte constitutiva do Estado, é limitado aquela dinâmica política, expressando em maior ou menor grau as lutas sociais, nos planos político-econômico, político-jurídico e sócio-cultural.”<sup>8</sup>

Portanto, a atividade decisória que constitui o cerne e a razão de ser do aparelho judicial não é afinal senão a distribuição do produto jurídico elaborado pela classe dominante. No entanto, o aparelho judicial é tratado como poder, o terceiro. Na prática é um poder vazio já que a chamada independência funcional se choca com a submissão ao direito positivo e por conseqüência ao legislador.

É ingenuidade acreditar que a lei é feita para todos. Ela obriga a todos. Isto é certo, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos favorecidas. É feita por alguns, amparados por imunidade e se aplica a outros. É só percorrer os presídios e penitenciárias para se constatar.

Aliás Kafka já disse isso há muitos anos que *as leis são segredos de um pequeno grupo que nos domina. As leis foram desde o início assentada para os nobres, que está fora da lei. Por isso a lei parece ter sido posta com exclusividade nas mãos da nobreza. É uma coisa extremamente penosa ser governado por leis que não se conhece.*<sup>9</sup>

A linguagem da lei que se pretende universal é inadequada para aqueles que apenas entendem o dialeto rude, pobre, irregular, mas vivo, franco, do mercado, da feira e dos cabarês. É difícil para tais pessoas por falta de recursos e educação, permanecerem nos limites da probidade legal.

Como disse com acerto Foucault, “*ela é um discurso de uma classe a outra, que não tem nem as mesmas idéias nem as mesmas palavras*”.<sup>10</sup>

### **1.1 - O Magistrado Orgânico**

<sup>8</sup> - ARRUDA JR. Edmundo L. INTORUDÇÃO À SOCIOLOGIA JURÍDICA ALTERNATIVA. São Paulo: Acadêmica. 1.993, pg. 48

<sup>9</sup> - KAFKA, Franz. Sobre a questão das Leis. Tradução do alemão e nota de Modesto Carone. Revista Novo Estudos nº 37. Novembro/93, p. 233

<sup>10</sup> - FOUCAULT, Michel. VIGIAR E PUNIR. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Tradução portuguesa de 1.977. Vozes, pg. 243

Com muita freqüência houve-se dizer que o direito é conservador. Se o direito é conservador, aqueles que o manejam, por consequência também o são. O aplicador da lei como já dito anteriormente, é um servo da vontade do legislador e, a aplicação da lei não é outra coisa senão a distribuição do produto jurídico, da vontade do legislador.

Tal sistema de vinculação positiva, oposto ao sistema de liberdade decisória como o anglo-saxônico e outros, faz com que o juiz se sinta impotente em pugnar por mudanças sociais no seu campo de atuação. O juiz e por consequência o poder judiciário ficam assim alheios à realidade social, gerando um descompromisso com a imensa maioria de brasileiros. Um descompasso entre os que decidem e a sociedade.

Portanto, como diz Amilton Carvalho “se a função do juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação da lei”.<sup>11</sup>

Por estas razões, forte segmento de magistrados e doutrinadores que se dedicam a pensar a vida em sociedade, sustentam que o interprete ao decidir deve buscar sua força no justo, dentro ou fora dos limites da lei.

A função jurisdicional, deve transcender a vontade do legislador. Não mais se prestar, como já se prestou, a legitimar os atos de violência do regime militar que este País já experimentou, durante muitos anos.

Aliás como Wolkmer bem disse: “*a função jurisdicional transcende a modesta função de servir aos caprichos e à vontade do legislador*”.<sup>12</sup>

Carvalho, com suporte em trabalho de Otto Maduro, que por sua vez cita Gramsci, dividiu os intelectuais em *orgânicos* e *tradicionais*.

***Intelectuais orgânicos*** são os que se acham comprometidos com um projeto revolucionário, dedicados a pensar, planejar e/ou organizar o trabalho e a vida na sociedade de modo a ampliar a possibilidade de uma transformação na sociedade.

***Intelectuais tradicionais***, ao contrário, dedicados a preservar o velho sistema de dominação. São encarregados de impedir

---

<sup>11</sup> - CARVALHO, Amilton Bueno. MAGISTRATURA E DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica. 1.992, pg. 19.

<sup>12</sup> - WOLKMER, Luiz Carlos. Revista AJURIS, 34/95

*uma revolução social, pensando, planejando e/ou organizando trabalho e a vida na sociedade para garantir as classes dominantes tradicionais.*<sup>13</sup>

A maioria dos intelectuais do direito são tradicionais. Isto porque *os quase duzentos anos de legalidade burguesa forjaram escolas de direito que apenas têm servido ao funcionamento das coisas como estão (Folha de São Paulo, edição de 17.07.87).*

Nas faculdades de direito é ensinado o direito positivo. A formação do jurista é dirigida para conservar o velho sistema de dominação sem ingerência do domínio dos valores, como as diferenças dos homens e onde se encontram socialmente colocados.

No entanto, o juiz não pode ser apenas uma consciência isolada a serviço dos ideais e propósitos que encheram as máximas e as determinações do legislador. Deve ser, acima de tudo, um executor inteligente, a quem não pode negar o oxigênio da vida social, o amor a sua pátria e aos seus concidadãos.

José Eduardo Fatias, citando Miaille aponta as seguintes características de tais escolas: a) faz o direito apresentar-se como neutro; b) funda-se exclusivamente no estudo do direito positivo; c) o jurista apenas explica e aplica este direito, sem preocupações políticas ou morais e se as têm são na condição de cidadão e não de jurista; d) gera fetichismo da lei e aceitação da ordem em vigor; e) não parte de idéias *a priori* mas de dados fornecidos pelo direito vigente; f) o direito independe da consciência dos homens; g) seu objeto começa onde inicia a regra de direito enunciada no texto; h) independe do contexto social ou econômico; i) quer ver só o que existe e não o que poderia existir; j) a forma explica tudo.<sup>14</sup>

Para o jurista tradicional, “sujeito de direito,” “igualdade formal,” “pleno exercício dos direitos”, “liberdade de opinião” devem ser garantidos através dos remédios jurídicos próprios, sem se atentar para as diferenças dos homens socialmente colocados.

Já o jurista orgânico está sempre inquieto. Não se presta a servir apenas aos caprichos do legislador ou a reproduzir práticas consagradas (simples exegeta). Procura ver, quais os interesses que fizeram emergir tais e quais normas e, que conseqüências levará sua aplicação. Portanto, de onde veio e a que resultado leva e a quem serve ou interessa. Apenas para citar alguns exemplos: a quem interessa a neutralidade do juiz, a imparcialidade, a justiça cega?

<sup>13</sup> - CARVALHO, Amilton Bueno. MAGISTRATURA E DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica. 1.992, pg. 34

<sup>14</sup> - CARVALHO, Amilton Bueno. MAGISTRATURA E DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica. 1.992, pg. 35

Se um gato e um rato morassem numa mesma casa, com leis abstratas e iguais para ambos, com um juiz imparcial, neutro e uma justiça cega, a qual dos dois interessaria?...

Para o jurista orgânico o direito deve ser trazido para o todo social. Conforme afirma Farias citando Miaille “direito e economia, política e sociologia pertencem ao mesmo continente, estão dependentes da mesma teoria, a da história.”<sup>15</sup>

Se a lei é parcial, comprometida, onde então deve o interprete buscar sua força ao decidir. Deve buscá-la no justo. A lei não esgota a realidade do direito. Se assim fosse, era só o legislador fixar o salário mínimo em mil dólares.

Segundo Carvalho “o argumento de que o juiz deve aplicar a lei por ser falível serve também para justificar a sua não-aplicação quando foi injusta, porque o legislador também é falível. Do confronto entre as falibilidades do juiz e do legislador, parece-me menos danoso que se fique com a do juiz que está próximo das partes”.<sup>16</sup>

Assim, apesar da lei ou de suas imperfeições, a justiça se faz através da delicadeza da arte do interprete. A função jurisdicional só tem sentido se comprometida com o jurisdicionado.

## **1.2 - O magistrado e as transformações sociais.**

Ao longo das últimas décadas mais se acentuou as desigualdades estruturais e de renda da população. O crescimento econômico industrial fez surgir um processo de urbanização desordenada, provocando um deslocamento populacional e uma reordenação social comparativamente superior a quarenta anos de acumulação capitalista na Inglaterra (1801 a 1841) e quarenta anos nos Estados Unidos (1870/1910) e a trinta anos na União soviética, alterando assim os padrões de comportamento dos grandes agregados sociais (trabalhadores rurais, operários, empresários, classe média, etc.)<sup>17</sup>

Essa transformação acarretou a ruptura de valores tradicionais dos diferentes grupos e classes, maior agressividade de comportamento, reinserção sócio-política e, por consequência o aparecimento de novas demandas por segmentos sociais desfavorecidos e não ge-

---

<sup>15</sup> - CARVALHO, Amilton Bueno. MAGISTRATURA E DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica. 1.992, pg. 37

<sup>16</sup> CARVALHO, Amilton Bueno. MAGISTRATURA E DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica. 1.992, pg. 21

<sup>17</sup> - FARIAS, José Eduardo. JUSTIÇA E CONFLITO. 2ª Edição. São Paulo: 1.992, pg. 98

radadores de receitas. As instituições arcaicas não conseguem mais dar conta dos conflitos gerados por tal sociedade

Os juizes de primeira instância são os que sofrem de maneira mais direta as pressões sociais. Vivem de modo mais profundo as tensões entre a racionalidade formal do mundo do direito e a racionalidade material reclamada pelos movimentos populares.

Diante de tal quadro, a magistratura parece não ter mais condições de continuar atrelada ao modelo tradicional de ater-se somente aos dizeres da lei,<sup>18</sup> ao núcleo central do ordenamento jurídico,<sup>19</sup> às intenções do legislador,<sup>20</sup> e ao sentido da lei.<sup>21</sup>

Surge então a seguinte indagação: teria o magistrado, formado por atitudes, métodos e doutrinas inspiradas no individualismo formalista e dogmático, capacidade de mediar as diversidades sócio-econômicas.

Como operá-las através do Poder Judiciário num contexto sócio-econômico como o Brasil em que 20% mais pobre do País detém apenas 2% da riqueza nacional, enquanto 20% mais ricos ficam com 66% (sessenta e seis).<sup>22</sup>

Não se pretende apontar a resposta, apenas indicar alguns caminhos possíveis, dentre os quais, **sistema jurídico aberto, ampliação da equidade e interpretação voltada para os fins sociais da lei.**

Os juristas tradicionais afirmam que o direito é a fonte única a resguardar o equilíbrio social, valendo-se do brocardo latino *ubi societas, ibi ius*. Sustentam que o afastamento da lei gera incertezas na sociedade. O aplicador da lei deve ser um servo da vontade do legislador. São pois os que defendem um sistema jurídico fechado, deixando o juiz sem liberdade decisória, vinculando-o ao positivismo jurídico. A atividade é de mera interpretação da vontade legislativa e sua aplicação.

Já o sistema jurídico aberto, como o anglo-saxônico e outros, o juiz é quem procura o direito. Não é ele apenas mero interprete aplicador mas um “arquiteto social”.

Cita-se como exemplo, fato corriqueiro que ocorre no seio do Judiciário. Um trabalhador que todo dia se dirigia ao seu tra-

---

<sup>18</sup> - Interpretação gramatical

<sup>19</sup> - Interpretação lógico-sistemática

<sup>20</sup> - Interpretação histórica

<sup>21</sup> - Interpretação teleológica

<sup>22</sup> - JOSÉ EDUARDO Farias. DIREITO E JUSTIÇA. 3ª edição. São Paulo: Ática. 1.997, pg. 101

balho com sua motocicleta, certo dia foi abalroado por um veículo. Sua motocicleta teve perda total e ele sofreu escoriações. Em Juízo, o dono do veículo reconheceu o erro e concordou em reparar os danos em 30 (trinta) dias. Com a transação havida, houve extinção da punibilidade na esfera penal.<sup>23</sup> Decorrido o lapso temporal, o infrator não honrou o compromisso. Proposta a ação de execução, não foram encontrados bens penhoráveis em poder do devedor, muito embora fosse dono de um automóvel, o mesmo era seu instrumento de trabalho, já que era taxista.<sup>24</sup> A residência era acobertada pela impenhorabilidade.<sup>25</sup> A execução foi então extinta.<sup>26</sup>

O trabalhador, que não tem casa, nem automóvel, acabou por perder também sua motocicleta. Aos olhos da lei, tudo está correto, legal. Não há dúvidas que a lei beneficiou o infrator, que além de fugir da responsabilidade penal, não precisou honrar a civil.

Sob o enfoque da Lei, tudo foi feito sob amparo legal. E, sob o enfoque da justiça?...

Pode-se citar inúmeros casos. Um dos mais notórios diz respeito aos juros bancários. Desde o ano de 1.988, quando a Constituição atual passou a vigorar, o Judiciário tem aguardado o legislador regulamentar os juros. Enquanto isso, permitiu que o sistema financeiro espoliasse um País inteiro. Se apropriasse de 25% do PIB (Produto Interno Bruto). Tivesse rendas fabulosas. O País saiu de uma ditadura militar e foi submetido a nova ditadura, a bancária. Num sistema de liberdade decisória, o Judiciário não aguarda o legislador indefinidamente. Teria feito justiça, tanto num como noutro caso, o que não ocorre num sistema de vinculação positiva.

A propósito diz Fernando Ruivo, citando Cunha Rodrigues afirma que o magistrado, num sistema aberto “de exegeta se transformará em arquiteto social, proporcionando uma proximidade perante os interesses em juízo, de acompanhamento na busca de solução, numa jurisprudência mais aberta aos valores legais e menos apegada a letra da lei.”<sup>27</sup>

<sup>23</sup> - Art. 74 da Lei 9.099/95 - A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologado pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente.

Parágrafo único - Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada a representação, o acordo homologado acarreta a renúncia do direito de queixa ou representação.

<sup>24</sup> - Art. 649 do CPC - São absolutamente inpenhoráveis:

VI - Os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

<sup>25</sup> - A Lei 8009/90 torna inpenhorável o imóvel residencial.

<sup>26</sup> - Art. 53, § 4º da Lei nº 9.099/95 - Não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor.

<sup>27</sup> - RUIVO, Fernando. *in* JUSTIÇA E CONFLITO. Org. José Eduardo Farias 2ª Edição. São Paulo: 1.992, pg. 83.

Outro caminho seria **ampliar os limites da equidade**, num sistema de autonomia vigiada. Não seria um sistema aberto como o anglo-saxônico, tampouco o de vinculação positivista vigente. Seria um discurso calibrado entre o sistema aberto e o de vinculação positiva pela referência/submissão à vinculação.<sup>28</sup>

O nível de criação jurídica de inovação por parte do juiz, encontra-se balizado por uma limitação de ordem legal. É o caso do julgamento estribado na equidade. Tem-se como o exemplo no Código de Processo Civil os casos em que o juiz pode decidir por equidade.<sup>29</sup>

Nos honorários advocatícios nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, nas que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, serão fixados equitativamente.<sup>30</sup>

Nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, o juiz não é obrigado observar os critérios de legalidade, podendo adotar a solução que reputar mais conveniente.<sup>31</sup>

No que diz respeito aos encargos alimentícios, que podem ser fixados e alterados segundo a necessidade do que os recebe e os recursos dos que o presta. Portanto, a decisão judicial pode ser revista a qualquer tempo, não transita em julgado.<sup>32</sup>

Outro exemplo de julgamento por equidade e que atinge o direito material diz respeito ao contrato de seguro. Enquanto vigorar o contrato o segurado terá o dever abster-se de tudo que possa aumentar o risco sob pena de perder o direito ao seguro. Por exemplo, se o segurado, após assegurar sua casa, nela instala depósitos de inflamáveis. Ou, após fazer o seguro do carro, deixa-o em lugar perigoso, que possa facilmente ser furtado.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> - RUIVO, Fernando. *in* JUSTIÇA E CONFLITO. Org. José Eduardo Farias 2ª Edição. São Paulo: 1.992, pg. 84.

<sup>29</sup> - Art. 127 do CPC - O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

<sup>30</sup> - Art. 20, § 4º, do CPC - Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.

<sup>31</sup> - art. 1.109 do CPC - O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

<sup>32</sup> - Art. 15 da Lei 5.478/68 - A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados.

<sup>33</sup> - art. 1.454 do CC - Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja, contrário dos termos estipulados, sob pena de perder o direito ao seguro.

Ao aplicar a regra do art. 1.454, o juiz deverá proceder com equidade quanto a agravação dos riscos.<sup>34</sup>

No caso do seguro ser contra acidentes e o segurado morrer em razão de homicídio doloso. O juiz deverá proceder com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto a agravação dos riscos. O juiz deverá apreciar os fatos equitativamente, averiguando até que ponto a circunstância alegada influenciou na agravação do risco, e se este realmente ocorreu.

No exemplos legais citados, o juiz, muito embora vinculado positivamente, tem certa autonomia que a própria lei estabelece.

Não se trata de uma alteração radical da lei, mas um alargamento, para que o juiz possa em maior número de situações, julgar com equidade.

Como terceiro e último caminho aponta-se os **fins sociais e bem comum**.

Segundo o art. 5º da Lei 4.657 de 04.09.1942, estabelece: **Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.**

A regra de direito deve seu nascimento a um ato de pensamento e de vontade dos que detêm o poder. Ela dura enquanto durar este querer. É um pensamento positivado numa ordem social que visa determinados fins e objetivos – a globalização por exemplo.

Como **fins sociais**, segundo Serpa Lopes, *é o bem social. A consideração, porém, do conteúdo desse bem social é que pode variar de indivíduo para indivíduo. O conceito de necessidade social é móvel, diante a norma invariável.*<sup>35</sup>

Portanto, o **texto legal** é fixo. Uma regra abstrata. Já **fins sociais**, é móvel, levando o intérprete a várias e diferentes aplicações. Interpretando o texto sob as exigências dos **fins sociais** a lei alcança o máximo de flexibilidade.

A idéia fundamental de **fins sociais** assenta-se que o trabalho interpretativo consiste no mesmo trabalho que se desenvolve para criar a lei.

<sup>34</sup> - art. 456 do CC - No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto a agravação dos riscos.

<sup>35</sup> - SERPA LOPES, Miguel. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, vol, I, pg. 141 – *apud* – JC (Jurisprudência Catarinense) 69/22).

Transcrevo alguns precedentes jurisprudenciais de nossos tribunais a respeito:

*A lei não pode ser interpretada ao pé da letra, mas sim, tendo em vista o pensamento do legislador e os fins sociais a que ela se dirige, conforme preceitua o art. 5º da LICC (JC-02/33).*

*O princípio norteador do julgador na aplicação da lei deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum (RT-638/124).*

*Previdenciário. Acidente do trabalho. Auxílio-suplementar. Natureza. incidência da lei nova mais benéfica. possibilidade. I. - O juiz, na aplicação da lei, deve atender aos fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum. II. - . A lei de acidentes do trabalho tem essas características. Dai que, se o auxílio passa a ser pago em percentagem mais elevada, por força da lei nova, que sendo de ordem pública, com aplicação imediata, alcança os casos pendentes de julgamento, e ela que deve ser aplicada. III. - Recurso especial conhecido e provido (Recurso Especial no. 54128, São Paulo, rel. Jesus Costa Lima, in dj, de 24-04-1995, página 10411)*

*Acidente do trabalho. Auxílio-acidente. Lei nova mais benéfica. Efeito retroativo. Benefício devido a partir da cessação do auxílio-doença. É devido o auxílio-acidente a que alude o art. 86, inc. I, da lei nº 8.213, de 24.07.91, ao obreiro vítima de acidente típico, portador de incapacidade parcial permanente, que exija maior esforço ou adaptação para exercer a mesma atividade. "a lei de acidentes se caracteriza essencialmente pelo seu espírito de proteção e fins estritamente sociais e, destarte, toda vez que se inove para beneficiar, o dispositivo favorável deve alcançar o acidente ainda não definido judicialmente" (RTJ - 55/907) - (Apelação Cível no. 39077, Lages, rel. Francisco Borges, in dj, no. 8531, de 03-07-92, pág. 14)*

*Guarda e responsabilidade de menor - Extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido - Estatuto da Criança e do Adolescente - Recurso além do decêndio - Conhecimento de ofício do apelo e seu provimento - lei n.8.069/90, artigos 6º e 33, § 2º; 5º da LICC e 227, da CF/88. Na salvaguarda do interesse do menor, à luz do que emana do art. 6º da lei 8.069/90, devem preponderar os fins sociais dela*

*emergentes frente ao ditame formal relacionado com o prazo recursal. Possível é a guarda da criança ou adolescente lhe conferir, ante situações peculiares, a condição de dependente, inclusive para efeitos previdenciários (Apelação Cível no. 38005, Laguna, rel. Alcides Aguiar, in dj, no. 8609, de 23-10-92, pág. 05)*

A noção de **bem comum** é elástica. Não se consegue apurar um conteúdo sólido.

Afirmam alguns que o bem comum é o conjunto das condições sociais para que a pessoa humana possa viver com dignidade. Outros, sustentam deva ser entendido por bem comum, as universidades, bibliotecas, praças, paz, justiça, segurança, solidariedade ou cooperação. De qualquer forma, é uma forma de frenar certos abusos do individualismo do Estado Liberal, o qual se opõe aos imperativos das democracias sociais.

Não há dúvidas no entanto, que bem comum é a base do Direito, quer no momento da elaboração legislativa ou no momento da aplicação.

*Segundo Serpa Lopes, o bem comum é um dos destinos da lei, logo deve ela ser interpretada de acordo com esse mesmo bem comum. O bem comum deve ser procurado no próprio destino da lei, feita para um conjunto e não especialmente para tal ou qual indivíduo. Não porém, o poder de uma minoria esmagando uma maioria, mas a força do justo aplicada ao bem comum.<sup>36</sup>*

A jurisprudência em casos raros, assim tem se manifestado:

*Nordestino recém chegado do estado natal, sem recursos, emprego, teto ou alimento. Prática de furto por se encontrar faminto. Ausência de prejuízo à vítima, por não haver o delito ultrapassado a esfera da tentativa – absolvição decretada, inteligência da LICC (RT-574/370).*

*Consta do corpo do acórdão:*

*Não é o direito positivo a única e melhor expressão do direito, sendo igualmente relevantes, entre outras fontes, a equidade, a jurisprudência e os princípios gerais do direito, um destes expresso no art. 5º da LICC.*

---

<sup>36</sup> - SERPA LOPES, Miguel. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, vol, I, pg. 142/143 – *apud* – JC (Jurisprudência Catarinense) 69/22).

*Alimentos. Indenização por ato ilícito. Fixação de provisionais pretendida por viúva e filhos menores da vítima contra tio fratricida. Possibilidade. Aplicação do art. 5º da LICC (RT- 598/177).*

O art. 5º da LICC, foi uma feliz consagração legislativa, surgido no tempo de franca transformação do individualismo a socialização do direito.

O direito deve ser socializado, a fim de que o mesmo atenda os interesses de todos, aplicando-se cada vez mais para proteger os fracos, os humildes e os que estão na periferia da ordem jurídica e no último degrau da escala social.

Uma visão do direito sob o ângulo exclusivamente dogmático normativo, conduz o jurista ao legalismo. Seu raciocínio será lógico, preciso, esquecendo-se da relevância e alcance do art. 5º da LICC.

No universo de leis em vigor em nosso País, difícil é se encontrar leis que beneficiem multidões marginalizadas e despossuídas.

*O juiz não é mais escravo da lei. Não pode chumbar sua letra, muitas vezes escrita há anos, quando outra eram as condições de existência social que ela visava disciplinar. Servirá a lei aplicando-se humanamente, tendo em vista a realidade social, as exigências da equidade e da moral coletiva, livre dos exageros da dialética e do emaranhado das formas (RT-113/779).*

Transcreve-se como inspiração, palavras de M. Osvald Baudot, na solenidade de investidura de novos magistrados franceses:

*Em vossas funções, não deveis dar exagerada importância a lei, e de um modo geral desprezai os costumes, as circulares, os decretos e as jurisprudências. Deveis ser mais sábios que o Tribunal de Justiça, sempre que se apresentar uma ocasião. A justiça não é uma verdade estagnada em 1.810. É uma criação perpétua. Ela deve ser feita por vós. Não espereis um sinal verde de um ministro, ou do legislador, ou das reformas sempre esperadas. Fazei vós mesmos a reforma. Consultai o bom senso, a equidade. A lei se interpreta. Ela dirá o que queres que ela diga. Gostes ou não, tendes um papel social a desempenhar. Sois assistentes sociais.*

*Sedes parciais, para manter a balança entre o forte e o fraco, o rico e o pobre, que não tem o mesmo peso, é preciso que coloquemos um pouco a mão do lado mais fraco da balança. Examinai sempre onde estão o forte e o fraco. Tendes um preconceito favorável pela mulher contra o marido, pelo filho contra o pai, pelo operário contra o patrão, pelo vitimado contra a companhia de seguros, pelo enfermo contra a previdência.<sup>37</sup>*

Portanto, não pode o juiz, numa sociedade tipo a brasileira, com tamanhas desigualdades sociais, ser aquele do cineasta Babenko (O Pixote). Um homem honesto, com fascinante boa vontade, mas alheio a realidade social.

É de concluir-se que o juiz, ao aplicar a lei, dedicar-se-á a uma delicada operação de harmonização, tanto dos fins sociais como do bem comum em face das circunstâncias reais do caso concreto. O juiz exercerá uma função quase criadora, adaptando a lei as condições evolutivas das transformações e da realidade social.

Com esta visão interpretativa na aplicação da lei frente as inúmeras contradições sociais existentes nesta País, permite à magistratura resgatar a legitimidade no exercício de sua função social.

É de concluir-se, que o Poder Judiciário tem condições de operar transformações sociais significativas na sociedade brasileira. 1. – Com o manejo do art. 5º da LICC., de sorte a atender os fins sociais e o bem comum da Lei, que afinal é seu destino. 2. - Muito embora a equidade esteja vinculada positivamente e, as possibilidades de aplicabilidade não são grandes, o Judiciário poderá julgar com base na equidade, provocando assim mudanças sociais. 3. - Num sistema aberto, o Judiciário poderia operar grandes mudanças, não só para garantir uma sociedade mais justa e igualitária, mas também no combate aos desmandos e corrupção, quase presente em todos os níveis de poder neste País.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA JR. Edmundo L. INTORUDÇÃO À SOCIOLOGIA JURÍDICA ALTERNATIVA. São Paulo: Acadêmica. 1.993, pg. 48  
 CARVALHO, Amilton Bueno. MAGISTRATURA E DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica. 1.992, pg. 19.  
 FARIAS, José Eduardo. JUSTIÇA E CONFLITO. 2ª Edição. São Paulo: 1.992, pg. 98  
 FORSYTH, Frederick. O PUNHO DE DEUS. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 1.994

<sup>37</sup> - JC (Jurisprudência Catarinense 69/23/24

- FOUCAULT, Michel. VIGIAR E PUNIR. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Tradução portuguesa de 1.977. Vozes, pg. 243
- GILES, Thomas Ransom. INTRODUÇÃO À FILOSOFIA. Edusp. 1.979, p. 42
- JC (Jurisprudência Catarinense) - 69/23/24
- JOSÉ EDUARDO Farias. DIREITO E JUSTIÇA. 3ª edição. São Paulo: Ática. 1.997, pg. 101
- KAFKA, Franz. Sobre a questão das Leis. Tradução do alemão e nota de Modesto Carone. Revista Novo Estudos nº 37. Novembro/93, p. 233
- RUIVO, Fernando. APARELHO JUDICIAL, ESTADO E LEGITIMAÇÃO. IN DIREITO E JUSTIÇA, org. José Eduardo Fari
- RUIVO, Fernando. in JUSTIÇA E CONFLITO. Org. José Eduardo Farias 2ª Edição. São Paulo: 1.992, pg. 83.
- SERPA LOPES, Miguel. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, vol, I, pg. 141 – apud – JC (Jurisprudência Catarinense) 69/22).
- WOLKMER, Luiz Carlos. Revista AJURIS, 34/95